Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XV.

Beiträge zu der Lehre von dem anticipirten Beweiſe.

Von Mittermaier.

(Beſchluß des Aufſatzes nr. VIII. im I. Hefte.)

§. 7.

Wirkung in Bezug auf die Beweisfriſt.

In der Regel ſetzt der Richter den beweisführenden Parteien eine peremtoriſche Beweisfriſt, innerhalb welcher der Producent alle Beweismittel vorbringen muß und zwar ſo, daß er die nicht Vorgebrachten nicht mehr vorbringen kann, und der Regel nach ſelbſt das Recht der Veränderung im Gebrauche der Beweismittel verliert.

A) Wenn nun der Beweis anticipirt wird, ſo läuft für den Anticipanten keine peremtoriſche Beweisfriſt, da er das Beweisinterlocut, in welchem die Terminsbeſtimmung geſchehen wäre, nicht abgewartet hat, es müſſen daher auch alle Folgen der peremtoriſchen Kraft des Beweistermins wegfallen; daher kann a) der anticipirende Beweisführer zu ſeinen Beweismitteln immer noch neue beliebig hinzufügen [1]). b) Er kann ſich der bereits vorgeſchlagenen eben ſo bedienen, er kann c) neue Beweisartikel einreichen, und die früher eingereichten fallen laſſen.

Durch ein ſolches unbegränztes Recht, Beweismittel zu verändern, und nach Belieben zu häufen, entſteht aber nicht

1) Auch in Anſehung des Eides gilt dies. Boehmer de probat. per juram. delat. §. XIII.

blos eine bedeutende Proceßverzögerung, ſondern auch mancher Nachtheil für den Producten, indem er dadurch zu oft überflüſſigen und koſtſpieligen proceſſualiſchen Vertheidigungshandlungen auf die immer neu veränderten Beweiſe genöthiget wird.

Aus dieſem Grunde muß auch bei dem anticipirten Beweiſe von dem Richter, damit die beſtändige Veränderung vermieden, und durch eine ſichere Grundlage Ordnung in das Beweisverfahren komme, eine peremtoriſche Beweisfriſt dem anticipirenden Beweisführer vorgeſchrieben [2]) und auf die nämliche Weiſe durch Interlocut aufgelegt werden, wie es ſonſt geſchieht, wenn der Beweis nicht anticipirt iſt. Der eigentliche Zeitpunkt zur Fällung dieſes Interlocuts iſt der nach geendigtem erſten Schriftenwechſel, indem hier zugleich über Beweislaſt und Beweisthema erkannt werden kann.

B) Sobald eine peremtoriſche Beweisfriſt dem Anticipanten geſetzt iſt, entſtehen für ihn auch alle Wirkungen eines peremtoriſchen Termins; der Anticipant muß daher a) alle Beweismittel, welche er noch vorbringen will, im Laufe der Beweisfriſt vorbringen, und wird mit ſpäter vorgebrachten nicht gehört [3]). b) Er kann im Beweiſe auf keine andere Art mehr eine Veränderung vornehmen, als ſonſt nach den Geſetzen auch bei dem aufgelegten Beweiſe eine Veränderung erlaubt iſt.

C) Hat der Richter keine ſolche Beweisfriſt geſetzt, ſo darf aber dem Anticipanten das Recht des Veränderns und Hinzuſetzens in dem ganzen Laufe des Proceſſes nicht abgeſprochen werden, wenn auch noch ſo große Störungen entſtehen, von welchen nicht der Anticipant, ſondern der Richter, welcher die Beweisfriſt hätte können ſetzen und ſollen, ſie aber nicht geſetzt hat, die Schuld trägt.

---

2) Martin Lehrbuch des bürgerlichen Proceſſes, §. 173 b.

3) In wieferne der nach der peremtoriſchen Beweisfriſt aufgelegte und geführte Beweis ein beſſerer genannt werden kann, muß unten im Zuſammenhange §. 10 unterſucht werden.

D) Nur bei der Anwendung einiger gesetzlichen Vorschriften, welche die Hinzusetzung neuer Beweise in gewissen Fällen nicht gestatten, entsteht Zweifel. Wenn nämlich der Producent sich die Zeugenaussagen hat eröffnen lassen, so erlauben die Gesetze keine weitere Zeugenproduction [4]). Allein da dies Verbot nicht mit dem Beweistermin zusammenhängt, sondern aus der Furcht hervorgeht, daß falsche Zeugen aufgebracht werden möchten, so muß es auch bei dem anticipirten Beweise gelten.

E) Wenn für den anticipirenden Producenten eine peremtorische Beweisfrist gesetzt war, so entsteht für ihn der Vortheil zweifacher Beweisführung, 1) derjenigen, welche vor der gesetzten Beweisfrist statt fand, 2) der von Zeit des Beweisinterlocuts an geführten. Der antic. Beweisführer darf hier a) unfehlbar die Resultate seines Beweises, welche er vor dem gefällten Beweisinterlocute gewann, zu denjenigen hinzurechnen, welche er durch neues Vorbringen erst nach der peremtorischen Beweisfrist erhielt [5]), da der Producent zur ersten Beweisführung keine Verpflichtung hatte, aber die einmal actenmäßig gemachten Beweise benützen kann, und durch richterliches Beweisinterlocut erst in die Lage gekommen ist, beweisen zu müssen, da auch selbst das in solchen Fällen gewöhnliche Beweiserkenntniß auf besseren Beweis die Erlaubniß des Hinzurechnens des nachfolgenden Beweises zu dem schon vorhandenen enthält. b) Der Producent darf auch die Beweismittel, deren er sich schon bei dem anticipirten Beweise bediente, noch einmal benützen, wenn ihm der Beweistermin gesetzt wird, z. B. Zeugen hatten in einer Sache schriftliches Zeugnis außergerichtlich ausgestellt; später kam es zum Processe, der Kläger anticipirte den Beweis, ließ die Zeugen vernehmen; diese aber sagten nicht mehr so bestimmt aus, als sie es im schriftlichen

---

4) Martins Lehrbuch des b. Processes §. 174. Note p. Gesetze in Gönners Handbuch, II. Bd. N. 327.

5) Gönner im Handbuch des Processes l. c. S. 333.

Zeugniſſe gethan hatten. Als nun auf Beweis interloquirt wurde, benannte der Producent die nämlichen Zeugen wieder, ſtellte neue Beweisartikel, bat, daß man den Zeugen auch ihr ſchriftlich ausgeſtelltes Zeugnis vorzeigen möchte, und das Oberhofgericht geſtattete auch das Begehren des Producenten.

F) Wichtig wird der anticipirte Beweis auch bei der Zurücknahme des Eides. Man behauptet [6]), obwohl manche Schwierigkeit bei der Auslegung bleibt, daß nach L. 11. Cod. de rebus creditis die Zurücknahme eines angetragenen und ſchon acceptirten Eides usque ad litis terminum zuläſſig ſey. Iſt aber der Eid als Beweismittel innerhalb der peremtoriſchen Beweisfriſt deferirt worden, ſo kann der Deferent im heutigen Proceſſe nicht den Eid widerrufen, wenn er nicht Sachfällig werden will, weil die peremtoriſche Beweisfriſt im Wege ſteht, die im römiſchen Proceſſe nicht vorkam, daher ſich auch L. 11. Cod. eher erklären läßt. Iſt aber die Eidesdelation anticipirt worden, ſo kömmt, weil nun das nämliche Verhältniß da iſt, wie im römiſchen Proceſſe, auch das nach L. 11. Cod. de reb. credit. geſtattete Widerrufsrecht zur Anwendung.

§. 8.

Wirkung auf den Gegner.

Wenn eine Partei den Beweis anticipirt, ſo bringt ſie auch bedeutende Wirkungen für den Gegner hervor. A) Sie zwingt ihn, ſich jetzt ſchon auf einen Beweis einzulaſſen, zu welchem nach dem ordentlichen Proceßgange der Product erſt ſpäter verpflichtet wäre. B) Sie zwingt ihn zu einem früheren und unter gewiſſen Umſtänden ſogar überflüſſigen Gegenbeweiſe. C) Sie wirkt auch auf den Beweis der Einreden, D) und auf

---

6) Martins Lehrb. des b. Proc. §. 214. not. v. u. dort Boehmer elect. jur. civ. t. II. p. 679. Bülow und Hagemann Erörterungen, III. Bd. Erört. 69.

die von den Geſetzen dem Producten eingeräumten Befugniſſe in Anſehung des vom Producenten geführten Beweiſes.

A) Wenn der Kläger ſogleich mit der Klage freiwillig den Beweis verbindet und z. B. Beweisartikel beifügt, ſo kann deswegen noch nicht dem Beklagten aufgebürdet werden, unbedingt ſich auf dieſen Beweis einzulaſſen [7] und jetzt ſchon alle proceſſualiſchen Handlungen vorzunehmen, welche dem Producten gegen den Beweis des Producenten (abgeſehen von dem Gegenbeweiſe) zukomme, z. B. Beweiseinreden, oder Fragſtücke abzugeben.

1) Wenn der Beklagte eine proceßhindernde Einrede anführen, oder eine exceptio fori declinatoria entgegenſetzen kann, ſo braucht er ſich auf den Beweis durchaus nicht einzulaſſen, und hat nicht einmal nöthig, eine Antwort darauf zu geben; denn da der Beklagte, welchem ſolche Schutzmittel zu Gebote ſtehen, nicht zur Litiscontestation verpflichtet iſt, ſo kann er noch weniger zur Einlaſſung auf einen entweder ganz überflüſſigen, oder wenigſtens bei dieſem Gerichte unzuläſſigen Beweis verbunden ſeyn.

2) Auch dann, wenn der Beklagte, welchem mit der Klage die Beweisartikel des Klägers mitgetheilt worden ſind, nur dilatoriſche Einreden anführt, kann man ihm nicht aufdringen, ſich auf den anticipirten Beweis einzulaſſen, ſobald er nur eventualiter litem conteſtirt; denn, wenn zwar auch die Geſetze in Falle, wenn der Beklagte dilatoriſche Einreden vorbringt, ihn zur wenigſtens eventuellen Litiscontestation verpflichten, ſo fordern ſie dies doch nicht bei der Einlaſſung auf den Beweis, und es kann daher keine nachtheilige Folge ohne geſetzlichen Ausſpruch den Beklagten treffen; eine Ausdehnung aber der geſetzlichen Vorſchrift, welche von der Litiscontestation

7) Martin (Lehrb.) §. 157. räth einem vorſichtigen Beklagten, ſich auf einen anticipirten Beweis vor beſtimmter Beweisfriſt nicht einzulaſſen.

redet, auch auf die Beweisantwort, wäre gegen alle Regeln des Proceſſes und der Auslegung, um ſo mehr, als gar nicht gleiche Gründe vorhanden ſind.

3) Auch dann, wenn der Beklagte nur dilatoriſche Einreden vorbringt, die vorgeſchriebene eventuelle Litiscontestation unterläßt, und auf die Artikel, welche der Kläger zum Beweiſe durch Zeugen vorlegte, nicht antwortet, darf kein Zugeſtändnis der Artikel gefolgert werden [8]; denn durch die Vorſchützung der dilatoriſchen Einreden befreit ſich der Beklagte von der Pflicht der litiscontestatio pura, und proteſtirt dagegen; um ſo mehr muß dieſe Proteſtation erlaubt ſeyn gegen eine Beweisführung, die der Beklagte als zur Zeit wenigſtens überflüſſig und koſtſpielig zu betrachten Gründe hat; wenn man zwar nicht leugnen kann, daß der Beklagte durch Unterlaſſung der eventuellen Litiscontestation gegen die Vorſchrift des jüngſten Reichsabſchieds gefehlt habe, ſo muß man ſich doch ſtrenge an die vom Reichsgeſetze ausgeſprochene, ohnehin nicht harte, Strafe des Fehlers halten, darf aber den Fehler und die Strafe nicht ausdehnen. Der jüngſte Reichsabſchied wollte aus weiſen Gründen nach der Eventualmaxime, um den Proceß nicht zu verzögern, um eine Grundlage für den ganzen Proceß zu ſichern, in jedem Falle die Litiscontestation begründet haben; dieſe iſt im Sinne der Reichsgeſetze eine *weſentliche* Handlung; die Erklärung über die anticipirte Beweisführung iſt aber nicht weſentlich zu nennen, denn da die ganze Anticipation eine Abweichung vom gewöhnlichen Proceßgange iſt, ſo kann eine Einwilligung des Beklagten in dieſe ſo oft ſtörende voreilige Be-

8) Dies iſt zwar anders in Ländern, in welchen wegen beſonderer geſetzlichen Beſtimmungen ſchon bei der Mittheilung der Klagſchrift der Richter auch die Beweisartikel mit dem Auftrage zu antworten darauf, mittheilt, z. B. in Baiern. Cod. jud. cap. 4. §. 11. und hierzu F. v. Aretin Jahrbücher der Gerechtigkeitspflege in Baiern. II. Bd. nr. IV. S. 46.

weisführung weder weſentlich genannt noch dem Beklagten zur Pflicht gemacht werden.

4) Man muß aber auch behaupten: wenn der Beklagte ſelbſt keine dilatoriſchen Einreden hat und die Litiscontestation gänzlich unterläßt, ſo kann, wenn ihm die vom Kläger mit der Klage eingereichten Artikel mitgetheilt wurden, den Beklagten nicht die Strafe des Eingeſtändniſſes der Artikel nach gemeinem Rechte treffen, ſelbſt wenn der Beklagte im vorgeſchriebenen Termine gar keine Antwort gab. Dagegen a) ſcheint zwar die Beſtimmung des jüngſten Reichsabſchieds zu ſprechen, nach welchem der Beklagte; wenn der Kläger probatoria vorlegt, auch mit ſeiner Nothdurft verfahren ſoll; allein dieſe Beſtimmung enthält keine allgemeine Verpflichtung des Beklagten, überhaupt bei jeder Art des anticipirten Beweiſes ſich einzulaſſen, und z. B. auch bei anticipirtem Zeugenbeweiſe mit Reſponſionen und Fragſtücken einzukommen; die reichsgeſetzliche Beſtimmung ſpricht blos von dem anticipirten Urkundenbeweiſe, was ſich deutlich aus dem Worte: probatoria ergiebt (ſ. auch oben §. 2) eine Ausdehnung aber kann, weil die Gründe, die vom Urkundenbeweiſe gelten, nicht auch auf Zeugenbeweis und andere Beweiſesarten paſſen, nicht gerechfertiget werden. Es iſt vielmehr nothwendig, zu unterſcheiden, ob a) der anticipirte Beweis durch Urkunden, oder b) durch andere Beweismittel, vorzüglich Zeugen (in der Sprache des jüngſten Reichsabſchieds lebendige Kundſchaft) geführt wird. Nur bei dem anticipirten Urkundenbeweiſe haben die Geſetze [9]) ausdrücklich vorgeſchrieben, daß der Beklagte mit ſeiner Nothdurft darauf zu verhandeln ſchuldig ſey; er muß daher die Urkunde recognosciren oder diffitiren, wenn er ſich nicht den geſetzlichen Nachtheilen ausſetzen will.

b) Die Annahme der Strafe des Eingeſtändniſſes der Artikel läßt ſich aber gar nicht rechtfertigen, da die ganze Erklä-

9) Vorzüglich J. R. A. §. 39.

rung oft überflüſſig wird, da noch gar nicht hergeſtellt iſt, was geleugnet worden iſt, indem der Anticipant gerade häufig den Beweis gewiſſer Thatſachen übernommen hat, welche der Beklagte gar nicht leugnen will. c) Eine Prüfung des anticipirten Beweiſes iſt dem Richter in den meiſten Fällen nicht einmal vor der Litiscontestation möglich, da er noch die Erklärung des Beklagten über die Klage nicht gehört hat, und eine unmittelbare Verbindlichkeit des Beklagten, ſich auf einen Beweis, welchen der Richter gar nicht geprüft hat und nicht prüfen konnte, wäre eben ſo ungerecht, als d) die Annahme der Strafe des Eingeſtändniſſes aus der Unterlaſſung der Antwort des Beklagten auf den Beweis ohne ausdrückliche Geſetze, um ſo mehr, als e) der Richter hier viel härter wäre, als es das Geſetz ſelbſt bei der Unterlaſſung der Antwort auf die Klage überhaupt iſt. Es wäre ein auffallender Widerſpruch, wenn bei der Unterlaſſung der Antwort auf anticipirten Beweis von dem Richter zur Strafe das Eingeſtändnis angenommen würde, während im Falle der unterlaſſenen Litiscontestation das Geſetz nur negative Litiscontestation fingirt, und dadurch den Geiſt der Milde deutlich ausſpricht.

5) In dieſer Hinſicht läßt ſich auch, wenn der Beweis nicht durch Urkunden, ſondern durch Zeugen, anticipirt iſt, das Verfahren mancher Richter [10]) nicht billigen, welche ſchon die mit der Klagſchrift anticipando übergebenen Artikel ad responsiones et ad danda interrogatoria sub poena confessi hinausſchließen, da ſie den Beklagten zu einem Schritte nöthigen, der vielleicht überflüſſig iſt, und da ſie eine Vorſchrift erlaſſen, welche eine nach der Actenlage unmögliche Prüfung des anticipirten Beweiſes gefordert hätte.

---

10) Es iſt hier nur vom gemeinen Rechte die Rede; denn in einigen Partikularrechten z. B. im baieriſchen Rechte iſt dies gerügte Verfahren vorgeſchrieben, obwohl nach bairiſchem Codex die poena contumacia auch nur litiscontestatio negativa ficta iſt.

6) Iſt in der Klagſchrift der Eid von dem Kläger anticipando dem Beklagten zugeſchoben worden, ſo fordern aber die meiſten Richter, daß ſich der Beklagte in der Exceptionsſchrift über den Eid bei Strafe des erdichteten Eingeſtändniſſes erkläre. Auch dieſe Forderung läßt ſich nicht rechtfertigen; denn a) auf Geſetze, ohne welche man Rechtsnachtheile nicht zufügen ſoll, können ſich die Richter nicht berufen, b) der zugeſchobene Eid, wenn er nicht von einer Partei erſt nach gefälltem Beweisinterlocut und innerhalb peremtoriſcher Beweisfriſt deferirt wird, erſcheint nur als ein Transactionsmittel, durch welches der Kläger ſeinen Streit abzuſchneiden ſucht, auf welches aber einem Beklagten eine kategoriſche bindende Antwort erſt dann zuzumuthen iſt, wenn durch die Wahl des Schiedeseides vom Producenten nach der richterlichen Beweisauflage der Eid die Geſtalt des Beweismittels annimmt; c) durch die Forderung, daß der Beklagte ſogleich in der Exceptionsſchrift sub poena recusati ſich erkläre, würde man ſeinem Gewiſſen einen widerrechtlichen Zwang anthun; um ſo mehr, als d) ohne vorausgegangenen erſten Schriftenwechſel eine beſtimmte Erklärung, ob er den Eid annehmen, oder zurückſchieben, oder Gewiſſen mit Beweis vertreten wolle, dem Beklagten häufig nicht einmal gut möglich iſt. — Der Beklagte muß daher das Recht haben, ſeine Erklärung über den deferirten Eid bis nach geendigtem erſten Schriftenwechſel zu ſuspendiren, ohne daß ihn deswegen eine Strafe treffen kann.

7) Iſt der Beweis über eine wahre Exception von dem Beklagten in der Exceptionsſchrift anticipirt, ſo tritt das nämliche Verhältniß, wie bei dem in der Klage anticipirten Beweiſe ein, da der Gegner (reus excipiendo fit actor) ſich in der Replikſchrift erſt über die Exception erklären muß.

8) Wird der Beweis mit der Replik- oder Duplikſchrift anticipirt, ſo muß der Richter möglichſt bei dem Hinausſchließen der Schrift an den Gegner zugleich auch bei Mittheilung des anticipirten Beweiſes darüber verfügen, und hier verlangt der Gerichtsgebrauch, daß dem Gegner aufgetragen werde, mit allen

ſeinen Mitteln, welche einem Producten gegen den Beweis des Producenten zukommen; bei Gericht einzukommen, und ſeine Beweiseinreden vorzutragen. Für dieſes Verfahren laſſen ſich manche gute Gründe angeben, wenn nur der Richter den anticipirten Beweis geprüft hat, was er jetzt, da die Litisconteſtation ſchon vorhanden iſt, wohl kann; findet er die Relevanz des anticipirten Beweisthema gegründet, ſo mag er immerhin dem Gegner auftragen, mit ſeinen Beweiseinreden einzukommen, ſich alſo auf den anticipirten Beweis einzulaſſen, und der Product iſt dann verpflichtet, dem richterlichen Auftrage nachzukommen. Sobald dagegen dem Richter nur einige Zweifel über die Relevanz des anticipirten Beweiſes aufſtoßen, iſt es zweckmäßiger, die Schrift ohne Rückſicht auf den anticipirten Beweis hinauszuſchließen, und das richterliche Decret darüber bis zur Beendigung des Schriftenwechſels zu ſuspendiren. Es wird dabei dem vorſichtigen Richter nicht entgehen, daß häufig eine ſtrenge Prüfung der Relevanz nach der Replikſchrift nicht einmal möglich iſt, da oft erſt die Duplikſchrift manche Punkte in helleres Licht ſetzt, und die wahre Streitfrage zeigt, und da auf keinen Fall mit voller Beſtimmtheit vom Richter darüber entſchieden werden kann, ob das anticipirte Beweisthema auch erſchöpfend ſey. Im Zweifel ſoll daher der Richter lieber die Verfügung auf den anticipirten Beweis ſuspendiren, und den Gegner nicht zu einer vielleicht doch voreiligen Einlaſſung nöthigen. Ganz unzweckmäßig wäre es aber, wenn der Richter ſogleich nach eingereichter Replikſchrift das Beweisinterlocut fällen und dem Anticipanten eine peremtoriſche Beweisfriſt ſetzen wollte. Hat der Richter endlich den mit der Replikſchrift anticipirten Beweis mit dem Auftrage, Beweiseinreden abzugeben, hinausgeſchloſſen, und wird hierauf der Beklagte contumax, ſo daß er mit der Duplik nicht einkömmt, ſo entſcheidet die Art des richterlichen Auftrages in Anſehung des anticipirten Beweiſes. War dieſer aber auch noch ſo ſtrenge, ſo kann den ungehorſamen Beklagten doch höchſtens nur die Strafe der Präcluſion ſeiner Beweiseinreden, aber nie die Strafe des Zuge-

ſtändniſſes der Beweisartikel treffen, da dieſe harte Strafe dem gemeinen Rechte überhaupt der Regel nach fremd, und bei dem ohnehin vielfache Störung und Abweichung herbeiführenden anticipirten Beweiſe völlig ungerecht wäre. Auch dann, wenn der Replicant den Schiedseid dem Gegner deferirt hat, folgt aus der Unterlaſſung der Duplik nicht die poena recusati. Da für den Beklagten noch immer keine peremtoriſche Friſt lief, und jeder vor dem Beweisinterlocute deferirte Eid mehr als Transactionsmittel betrachtet werden muß.

9) Nach beendigtem Schriftenwechſel wird aber in allen Fällen der Richter die Pflicht haben, ein Beweisinterlocut zu erlaſſen, welches a) wenn der Richter findet, daß der bisherige Anticipant nicht der zur Beweislaſt Verpflichtete ſey, die Beweislaſt demjenigen, welchem ſie rechtlich obliegt, aufträgt, b) im Falle des unrichtig gewählten, alſo irrelevanten anticipirten Beweisthema, das den Geſetzen entſprechende Thema regulirt, mit Verwerfung des anticipirten, c) im Falle, wenn das gewählte Thema zwar relevant, aber nicht erſchöpfend war, daſſelbe erſchöpfend vollſtändig vorſchreibt, und d) in jedem Falle einen peremtoriſchen Beweistermin mit allen geſetzlichen Wirkungen, zur Vermeidung aller Proceßverzögerung, ſetzt.

B) Wenn eine Partei den Beweis anticipirt, ſo ſcheint dadurch auch die Gegenpartei in Anſehung ihres Gegenbeweiſes angegriffen zu ſeyn und zwar 1) ſcheint es, daß ſie jetzt zu einer früheren Gegenbeweisführung genöthigt würde, als dies ſonſt der Fall nach dem ordentlichen Proceßgange geweſen wäre. Da der Gegenbeweis nur das directe Gegentheil von demjenigen enthalten muß, was der Hauptbeweis darzuthun ſucht, ſo wird durch die Anticipation des Beweiſes der Gegenpartei ein beliebig vom Anticipanten gewähltes und oft ganz unzweckmäßiges und irrelevantes thema reprobationis aufgelegt

Da aber die Beweiſesanticipation keine der erſchöpfenden und gründlichen Urtheilsfällung oder den Rechten des Gegners nachtheilige Störungen im Proceßgange hervorbringen darf, ſo

kann auch a) demjenigen, welchem die Gegenbeweisführung obliegt, durch bloße Willkühr des Anticipanten die vom Geſetze ſonſt gegönnte Friſt zur Gegenbeweisführung nicht beſchränkt werden, und dadurch, daß dem Beklagten die Beweiſesanticipationsſchrift des Klägers zugleich mit der Klagſchrift hinausgeſchloſſen wird, bekömmt er keine Pflicht, auch den Gegenbeweis anzutreten, ſondern er behält das Recht, zu warten, bis der Richter durch Beweisinterlocut die peremtoriſche Friſt zur Einbringung des Gegenbeweiſes ſetzt. b) Eben ſo wenig kann der Gegner verpflichtet werden, das von dem Anticipanten gewählte Beweisthema als dasjenige anzuerkennen, nach welchem ſich ſein Gegenbeweisthema richten muß; da der Product nie weiß, ob das anticipirte Beweisthema relevant und vollſtändig iſt, und ihm nicht zugemuthet werden kann, einen überflüſſigen Gegenbeweis zu führen. — c) Der vorſichtige Product wird daher, um ſich ſeinen Nachtheilen auszuſetzen, durch die Anticipation des Beweiſes von Seite des Gegners ſich nicht zur anticipirten Gegenbeweisführung nöthigen laſſen, und lieber den Zeitpunkt abwarten, in welchen nach dem ordentlichen Proceßgange die Beweisfriſt beſtimmt wird; er kann dies um ſo leichter, da das Unterlaſſen des Gegenbeweiſes, auch wenn der anticipirte Beweis ihm vom Richter mitgetheilt iſt, im gemeinen Rechte dem Producten nicht ſchaden kann, da keine ipso jure peremtoriſche Friſt zur Einbringung des Gegenbeweiſes vorhanden iſt, da die Geſetze keine ſolche Verpflichtung ausſprechen, indem die Stelle des jüngſten Reichsabſchieds, welche den Producten zur Einbringung ſeiner Nothdurft verbindet, nur von der Erklärung auf den anticipirten Urkundenbeweis redet, da endlich durch einſeitige Handlung des Anticipanten dem Gegner, welcher den regelmäßigen Proceßgang beibehalten will, kein Recht entzogen werden kann.

d) Die Partei, gegen welche Beweis anticipirt worden iſt, muß daher das Recht behalten, bis zum Schluſſe des Verfahrens den directen Gegenbeweis zu führen, wenn nicht der Richter nach beendigtem erſten Schriftenwechſel eine peremtoriſche

Beweisfrist gesetzt hat; ist diese bestimmt, so muß der Product freilich mit seinem Gegenbeweise einkommen; hat dagegen der Richter die Frist nicht bestimmt, so kann bis zum Schlusse der Product mit dem Gegenbeweise verfahren, und nur dann, wenn ein Gegenbeweis durch Zeugen geführt werden soll, gegen einen Zeugenbeweis, darf der Gegenbeweis dann nicht mehr geführt werden, wenn der Reprobant sich die Aussagen der Hauptbeweiszeugen hat publiciren lassen [11]).

e) Zwar haben manche Richter die Sitte, in Fällen, in welchen Beweis anticipirt wird, sogleich bei Mittheilung der Klagschrift an den Beklagten demselben den Termin zur Einbringung des Gegenbeweises zu setzen; allein dies Verfahren läßt vorzüglich bei der Beweisesanticipation mit der Klage sich nicht gut rechtfertigen, da α) die Gegenpartei zu einem früheren für sie oft sogar schwierigen Gegenbeweise genöthigt wird, ohne daß nur die Grundlage des Processes, die Litiscontestation, vorhanden ist, da β) dadurch der Gegner verpflichtet wird, oft einen unnützen Gegenbeweis über ein ganz unrichtiges und irrelevantes Thema zu führen, da γ) der Richter, ehe er die Antwort des Beklagten erhalten hat, nie die Relevanz des anticipirten Beweisthema prüfen konnte, und ohne solche Prüfung sein Decret, durch welches er Gegenbeweis aufträgt, leicht voreilig wird.

f) Hat aber der Richter ein solches Decret doch erlassen, und bemerkt der Product, daß ihm dadurch irgend ein Nachtheil zugehe, hat er Zweifel an der Relevanz des anticipirten Beweisthema; so ist ihm zu rathen, daß er zwar intra terminum gegen die richterliche Auflage protestirend, die Irrelevanz des Thema ausführe, den Gegenbeweis aber nicht antrete; die Unterlassung desselben kann auch in diesem Falle nicht mit der Strafe der Präclusion des Gegenbeweises verbunden seyn.

e) Wenn dagegen der Beweis mit der Replikschrift anticipirt wird, und wenn der Richter, welchem nach der Acten-

11) Nov. 90. c. 4. §. 1. c. 25. X. de testib. et attest.

lage die Prüfung des Beweisthema schon leichter möglich ist, das anticipirte Thema relevant findet, wenn auch der anticipirende Beweisführer der zur Beweislast rechtlich Verpflichtete ist, so mag es zur Abkürzung des Processes zweckmäßig seyn, wenn der Richter dem Producten eine peremtorische Frist zur Einbringung des Gegenbeweises setzt; allein auch dabei waltet noch immer mancher Zweifel ob; eine ganz sichere Prüfung und die Entscheidung, daß das anticipirte Thema unfehlbar das wahre und zugleich das erschöpfende sey, ist dem Richter, welcher die Antwort des Beklagten in der Duplikschrift nicht vor sich, und daher doch keine völlig geschlossenen Acten hat, häufig nicht möglich; er setzt sich daher immer der Gefahr aus, daß er nach der eingereichten Duplik doch erst ein neues Beweisinterlocut fällen muß, so daß es in der Regel zweckmäßiger seyn möchte, das richterliche Decret zur Einbringung des Gegenbeweises zu suspendiren und erst nach geendigtem Schriftenwechsel das ordentliche Beweisinterlocut zu fällen.

h) So wie aber der Kläger mit der Klage oder Replik den Beweis anticipiren kann, eben so kann auch der Beklagte den Gegenbeweis, wenn er es freiwillig will, mit der Exceptions- oder Duplikschrift anticipiren; hat er sich aber durch das vielleicht irrelevante Beweisthema des anticipirenden Gegners verführen lassen, und spricht dann der Richter die Irrelevanz aus, so ist klar, daß auch das Gegenbeweisthema verändert werden müsse, und der Gegenbeweisführer muß es seiner Voreiligkeit zuschreiben, wenn er unnöthige Kosten hat. Findet aber der Beklagte, daß gegen die Relevanz des mit der Replik anticipirten Beweisthema nichts zu erinnern sey, und hat er nicht ein besonderes Interesse, den Prozeß zu verzögern, so ist es zweckmäßig, den Gegenbeweis mit der Duplik ebenfalls zu anticipiren, damit dann Beweis und Gegenbeweis zusammen verhandelt und beurtheilt werden können.

C) In Bezug auf den Beweis der Einreden ist 1) dem Beklagten gleichfalls erlaubt, den Beweis zu anticipiren, auch dann, wenn der Kläger seinen Beweis nicht antici-

pirt hat; allein er hat 2) wenn er es nicht thun will, ſelbſt wenn der Kläger anticipirt hat, hierzu keine Verpflichtung, 3) es iſt ſogar nicht einmal klug, wenn er den Beweis anticipirt, da der ſogenannte indirecte Beweis nicht geführt zu werden braucht, bis der Hauptbeweis gelungen iſt [12]), da er auch als anticipirender Beweisführer leicht ſeine Beſorgnis, daß der Gegner mit ſeinem Beweiſe aufkomme, verräth. 4) Am wenigſten iſt es zu rathen, den Beweis der Einreden ſchon mit der Exceptionsſchrift zu anticipiren, da der Beklagte ja noch immer nicht weiß, welche Erklärung der Gegner auf die vorgebrachte Einrede abgeben wird.

5) Iſt der Beweis von dem Kläger anticipirt worden, und hat der Richter dem Beklagten hierauf eine peremtoriſche Friſt zur Einbringung des Gegenbeweiſes geſetzt, ſo wird oft die Frage bedeutend: ob, wenn der Beklagte mit ſeinem Gegenbeweiſe nicht einkömmt, er auch mit ſeinem Beweiſe der Einreden präcludirt ſey.

Die verneinende Antwort möchte wohl die richtige ſeyn. a) Aufträge mit peremtoriſcher Kraft zur Vorbringung der Beweiſe erfolgen nach dem geſetzlichen Gange erſt nach beendigtem erſten Schriftenwechſel; darauf, daß man ihn nicht zu einem früheren Gegenbeweiſe nöthige, hat der Beklagte ein vorzügliches Recht; ſoll ihm dies geraubt werden, ſo müßten ausdrückliche geſetzliche Beſtimmungen den Richter hierzu berechtigen; das Factum der freiwilligen Beweisantretung von Seite des Klägers kann aber hierzu kein hinreichender Grund ſeyn. b) Unter dem Gegenbeweiſe überhaupt iſt der Beweiß der Einreden nicht nothwendig begriffen; man erkennt die Unzweckmäßigkeit der Ausdrücke: indirecter und directer Gegenbeweis, und die beſſere juriſtiſche Sprache trennt eigentlichen Gegenbeweis und Beweis der Einreden; es kann daher der letzte nicht unter dem erſten verſtanden ſeyn c) Die Abſicht des Richters

12) L. 4. Cod. de edend.

bei Aufforderung zum anticipirten Gegenbeweiſe kann vernünftiger Weiſe nur darauf gerichtet ſeyn, daß der Beklagte jenen Beweis, welcher mit dem vom Kläger ſchon anticipirten Beweiſe in unmittelbarer Beziehung ſteht, der zur Zerſtörung des Hauptbeweiſes beſtimmt iſt, alſo den wahren Gegenbeweis vorbringe, damit ſie mit einander verhandelt werden können. d) Der Beweis der Einreden iſt, wie die Einrede, ſelbſtſtändiger Angriff, der nicht entzogen werden kann, wenn auch der Beklagte mit ſeiner Vertheidigung gegen den klägeriſchen Beweis präcludirt wäre, e) um ſo mehr, als nicht unwichtige Gründe [13]) dem Beklagten das Recht geben, den Beweis der Einreden ſo lange zu verſchieben, bis diejenigen Behauptungen erwieſen ſind, welche das durch Einreden zu entkräftende Recht begründen.

Dagegen f) kann es gar keine Veränderung bewirken, wenn man ſich darauf berufen wollte, daß das gemeine Recht den directen und indirecten Beweis nicht ausdrücklich ſondere; dieſe Unterſcheidung geht zu klar aus der Natur der Sache, und aus dem Satze reus excipiendo fit actor, hervor.

6) Iſt die Duplikſchrift zu den Acten gebracht, ſo iſt es zweckmäßig, wenn der Richter im Beweisinterlocute zur Einbringung des Beweiſes der Einreden eine peremtoriſche Friſt ſetzt [14]).

7) Iſt dieſe Friſt aber nicht geſetzt worden, ſo kann dem Beklagten nie verweigert werden, bis zum Ende des Proceſſes ſeinen Beweis der Einreden zu führen [15]).

---

13) Gönner, Handbuch des Proceſſes, II. Bd. S. 350.

14) Dies fordert auch der beſſere Gerichtsgebrauch, Martin Lehrb. des b. Proceſſes, §. 173.

15) Schneider vollſtändige Lehre vom rechtl. Beweiſe, §. 713 und S. 565.

§. 2.

Verbindung des anticipirten Beweiſes mit dem Beweiſe zum ewigen Gedächtniſſe.

Nicht ſelten begnügt ſich eine Partei im Proceſſe nicht mit der anticipirten Beweisantretung, ſondern bittet auch wegen der Gefahr, welche auf dem Verzuge ſchwebt, um ſchleunige Beweisanführung, z. B. Vernehmung der Zeugen, um ihre Ausſagen, im Falle ihres Bedürfens, nicht zu verlieren. In ſolchen Fällen iſt der Anticipant ſo zu betrachten, als wenn er neben dem anticipirten Beweiſe auch ein Geſuch um Beweis zum ewigen Gedächtniſſe geſtellt hätte. Das Verfahren und die Wirkungen des reinen anticipirten Beweiſes dürfen aber durch ein damit verbundenes Geſuch um probatio ad perpetuam rei memoriam nicht verändert werden; der anticipirte Beweis bezieht ſich auf die Beweisantretung, das Geſuch um prob. ad p. r. m. auf die Beweisausführung. Durch das als Folge des letztern Geſuches vom Richter einzuleitende ſchnelle Verfahren darf dem Gegner kein Recht entzogen, er darf nicht zu einem auf das Hauptverfahren nachtheilig wirkenden übereilten und den beſonnenen Rechtsgang ſtörenden Verfahren genöthigt werden; es darf aber auch dadurch, daß der Richter etwa das Geſuch um prob. ad p. r. mem. mit dem anticipirten Beweiſe zuſammen verhandelt und den langſamern Rechtsgang gehen läßt, der Partei, welche um Beweis zum ewigen Gedächtniſſe gebeten hat, das von den Geſetzen gegebene Recht, auf ſchleunige Beweisaufnahme zu bringen, nicht geraubt werden. Am beſten wird dieſen Forderungen genügt, wenn der Richter die Anticipation des Beweiſes, und das Geſuch um prob. ad perp. r. m. als zwei ganz abgeſonderte Punkte verhandelt, ſo daß keiner den Andern im Verfahren ſtört. Man hat ohnehin mit Unrecht im gemeinen Proceſſe die Bitte um Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniſſe als eine proceſſualiſche Handlung oder als einen Theil eines beſtimmten

Proceſſes mit einem gewiſſen Einfluſſe daranf betrachtet, — während richtiger aufgefaßt, das Ganze mehr als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit erſcheint [16]); ſo gut jemand zu Gericht gehen und des künftigen Beweiſes wegen einen Vertrag zu Protocoll nehmen kann, eben ſo gut kann er wegen der Erhaltung des Beweiſes bitten, daß man die Ausſage eines Zeugen zu Protocoll nehme; will er ſich dieſes Beweismittels in einem ſpätern Proceſſe bedienen, ſo kann er es; muß es aber nicht. Aus dieſem Grunde betrachtet der Richter das mit dem anticipirten Beweiſe verbundene Geſuch um prob. ad p. r. m. nur als etwas damit zufällig verbundenes, und verfügt darauf nur ſo, als wenn darum nicht in dieſem Proceſſe gebeten wäre, ſo weit als es der Zweck des Geſuchs, den Verluſt des Beweismittels zu hindern, fordert.

Daher a) theilt der Richter die Schrift, welche die Anticipation des Beweiſes enthält, dem Gegner eben ſo mit, als wenn kein Geſuch um prob. ad p. r. m. damit verbunden wäre, b) er prüft die Relevanz auf die nämliche Art, c) und fordert deswegen von Gegner keine ſchnellere Erklärung auf die Anticipation; dagegen d) verfügt er auf das Geſuch um Beweis zum ewigen Gedächtniſſe, ſobald Gefahr aus dem Verzuge beſcheinigt iſt, alles, was zur Beweiſesaufnahme gehört; e) er theilt dem Gegner das Geſuch, nicht zur Erinnerung, ſondern nur dazu mit, damit der Producet alle jene Handlungen zugleich vornehmen könne, welche die Geſetze ihm gegen das Beweismittel ſeines Gegners geſtatten, z. B. Einreichung von Fragſtücken bei dem Zeugenbeweiſe. f) Dabei darf aber der Richter die Aufforderung an den Producten zur Vornahme der Handlungen, die ſich auf die Beweisführung zum ewigen Gedächtniſſe beziehen, nicht an den Termin binden, innerhalb welchem die proceſſualiſche Hauptſchrift oder die Antwort auf die

16) Von dieſem Standpunkte aus betrachtet auch richtig dieſe Beweisaufnahme v. Reibenitz Verſuch über das Ideal einer Gerichtsordnung, I. Thl. S. 309.

Beweisesanticipation eingebracht werden muß, weil dadurch eine dem Bittsteller um prob. ad r. m. nachtheilige Verzögerung entstünde; der Richter muß vielmehr eine ganz abgekürzte Frist zur Handlung auf das Gesuch um ewigen Gedächtnißbeweis setzen. g) Selbst dann, wenn der Richter die eingereichten Beweisartikel in Bezug auf Beweisanticipation betrachtet, als völlig irrelevant, oder als nicht erschöpfend erkennt, darf die Beweisesaufnahme als Folge des Gesuchs um B. z. e. G. nicht verzögert werden, weil bei diesem mit dem Gange des Hauptprocesses nicht zusammenhängenden Verfahren über B. z. e. G. sich die Nachtheile nicht ergeben, welche bei dem reinen anticipirten Beweise dann entstehen, wenn der Richter nicht strenge prüft.

§. 10.

Besserer Beweis.

Mit der Lehre vom anticipirten Beweise hängt auch die Lehre vom besseren Beweise zusammen [17]). Nach der Behauptung angesehener Rechtslehrer soll, wenn eine Partei den Beweis anticipirt, zu jeder Zeit, dem Anticipanten ein besserer Beweis, wenn der bisher geführte nicht genügt, gestattet seyn; es soll selbst dem Richter obliegen, auf diesen besseren Beweis zu interloquiren, weil bei dem anticipirten Beweise

17) S. Literatur in den in Note 1. der ersten Abtheilung dieses Aufsatzes angeführten Schriftstellern; dazu Martin Lehrbuch, §. 170. Note e. Reinharth ad Christin. III. obs. 1. Gönner Handbuch des bürgerlichen Processes, II. Bd. nr. XL. §. 16 — 19. Leyser specim. 258. nr. 1. Knorre de recto dilation. usu §. 18. Schneider Lehre vom rechtlichen Beweise, S. 565. Welsch, wann und in welcher Art ist nach baierischem Processe ein besserer Beweis zulässig? Ein Beitrag zur bairischen Proceßtheorie. Neuburg 1816. F. v. Aretin Jahrbücher der Gerechtigkeit in Baiern, nr. IV. S. 38. u. F. v. Seckendorf in v. Aretins Jahrbüchern, S. 123.

keine peremtoriſche Beweisfriſt vorhanden iſt und bei dem Mangel einer ſolchen, das Häufen neuer Beweiſe immer zuläſſig ſeyn muß, erſt wenn dieſer beſſere Beweis vom Richter aufgelegt iſt, ſoll der hierauf geführte Beweis als der endlich erbrachte angeſehen und dem Richter die definitive Beurtheilung des geführten Beweiſes zuſtehen, ohne daß nach aufgelegtem beſſeren Beweiſe noch ein neuer Beweis im Falle des Mißlingens zuläſſig wäre.

Mit dieſem beſſeren Beweiſe ſind freilich, wenn man mehrere Acten durchgeht, viele Mißbräuche getrieben worden, ſo daß man die harten Urtheile, welche mehrere Rechtslehrer dagegen fällten, leicht begreifen kann; man ging aber, wenn man alles Interloquiren auf beſſeren Beweis unbedingt verbannen wollte, unfehlbar zu weit, und unrichtig iſt dabei beſonders die Anſicht, daß der anticipirende Beweisführer blos durch ſeine freiwillige Antretung ſich ganz in die nämliche Lage ſetzen wolle, in welcher derjenige iſt, der einem Beweisinterlocute zu Folge den Beweis intra terminum antritt, daß er daher auf jedes weitere Beweisanbringen verzichte, indem er alle ſeine Beweiſe auf einmal ſchon vorgebracht hat, daß daher der Richter nur über die Beſchaffenheit der geführten Beweiſe zu urtheilen habe. Die Anſicht

a) daß die Anticipation nur ein Verſuch der Partei iſt, welcher im Falle des Mißlingens ihr Recht nicht geraubt werden darf, daß b) ſo lange kein peremtoriſcher Termin vom Richter geſetzt iſt, keine Partei die Nachtheile treffen könne, welche nur Folgen peremtoriſcher Termine ſind, daß c) der Anticipation überhaupt gar kein Verzicht zum Grunde liege (§. 5) rechtfertigt gehörig verſtanden die Interlocute auf beſſeren Beweis; nur muß man genauer unterſcheiden: A) Hat der Richter, wie es in dieſer Abhandlung vorgeſchlagen wurde, und wie es der gute Gerichtsgebrauch fordert, nach dem geendigten Schriftenwechſel ungeachtet der Anticipation ein Beweisinterlocut erlaſſen und darin eine peremtoriſche Beweisfriſt geſetzt, ſo iſt die anfänglich bewirkte Störung ohnehin ausgeli-

chen und das Verfahren iſt jetzt ſo zu betrachten, als wenn kein Beweis anticipirt worden wäre; die Partei muß nur innerhalb der geſetzten Beweisfriſt ihre Beweismittel, deren ſie ſich noch bedienen will, vorbringen oder Präcluſion erwarten; liefern die neuen vorgeſchlagenen Beweismittel, in Verbindung mit den ſchon anticipirten, das Reſultat nicht, welches die Partei wünſcht, ſo kann der Partei, weil einmal peremtoriſche Beweisfriſt da war, kein beſſerer Beweis zuſtehen, und ein Interloquiren des Richters darauf wäre unrichtig; dabei aber iſt es Wortſtreit: ob man bei dem erſten Interlocute ſagen will, daß der Richter auf beſſeren Beweis, oder überhaupt auf Beweis geſprochen habe.

B) Iſt aber von dem Richter das Beweisinterlocut ganz unterlaſſen worden, ſo kann, weil kein peremtoriſcher Beweistermin daran hindert, es der Partei nie verweigert werden, neuen Beweis nachzubringen, und der Richter muß, ſelbſt wenn er die Reſultate des anticipirten Beweiſes prüft und findet, daß er unvollſtändig ſey, auf beſſeren Beweis interloquiren, d. h. es intra terminum peremtorium dem Anticipanten möglich machen, ſeine neuen Beweismittel auf einmal vorzubringen. Nach dieſem Interlocute auf beſſeren Beweis, mit welchem immer Beſtimmung eines peremtoriſchen Termins zu verbinden iſt, hört aber jedes weitere Interloquiren auf beſſeren Beweis auf.

C) Iſt der anticipirte Beweis aber bald geführt, ſo daß der Richter ihn durch den Erfüllungseid ergänzen laſſen kann, ſo iſt blos auf den Eid, und nicht auf neuen Beweis, zu ſprechen.

D) Findet der Richter, daß zwar der Beweis des Anticipanten vollſtändig, daß aber der dagegen geführte indirekte Gegenbeweis unvollſtändig iſt, ſo muß er eben ſo auf beſſeren Gegenbeweis erkennen und darf das Definitivurtheil nicht fällen, d. h. er muß dem Gegenbeweisführer möglich machen, neue Beweismittel, wenn er ſie noch hat, vorzubringen, da die Rechte der Parteien gleich ſind, und dem Gegenbeweisführer

eben ſo wenig eine peremtoriſche Beweisfriſt entgegenſteht, als dem Anticipanten.

E) Iſt der anticipirte Beweis aber durch Zeugen geführt worden und ſind die Ausſagen ſchon publicirt, ſo kann, wenn der Richter auf beſſeren Beweis interloquirt, kein beſſerer Zeugenbeweis zugelaſſen werden, weil dies die Geſetze, ganz abgeſehen von den Wirkungen der peremtoriſchen Beweisfriſt überhaupt verbieten.

F) Mit Unrecht würde auch ein Richter im Falle, wenn er den anticipirten Beweis nicht genügend findet, auf den Reinigungseid erkennen; denn ein ſolches Urtheil wäre, genau betrachtet, doch ein definitives verurtheilendes Erkenntnis wegen mangelnden Beweiſes; und die Fällung eines ſolchen iſt ungerecht, da der Richter nicht weiß, ob der Anticipant nicht mehrere Beweiſe hat, da derſelbe noch nicht aufgefordert worden iſt, alle ſeine Beweiſe beizubringen, und daher auch mit keinem Nachtheile belegt werden kann.

§. 11.

Zweckmäßigkeit des anticipirten Beweiſes in legislativer Rückſicht.

Die ſchon bei der Reichsgeſetzgebung aufgeworfene Frage: ob es nicht zweckmäßig ſey, den Beweis anticipiren zu laſſen und zu gebieten, daß jede Partei ſogleich mit der Klage- oder Exceptionsſchrift ihre Beweiſe sub poena desertionis angebe, iſt, veranlaßt durch das Beiſpiel einiger neuen Geſetzgebungen, von einem unſerer trefflichſten Juriſten, von Gönner ernſtlich zur Sprache gebracht worden. Gönner erklärt ſich [18]) kräftig gegen das Syſtem des gemeinen deutſchen Proceſſes in Anſehung der Beweisauflagen, und will als nothwendig die Verbindung der Beweiſe mit den erſten vier Schriften vorſchreiben.

---

18) Motive zum Entwurfe eines Geſetzbuchs über das gerichtliche Verfahren; S. 301.

Der umsichtige Kenner der Proceßtheorie findet die Hauptvortheile der neuen Methode darin, 1) daß dadurch der Proceß am raschen Gange gewinne, indem die nach dem gemeinen Processe vorkommenden Interlocute viele Monate forderten, bis der Richter zu ihrer Fällung käme, daß darnach erst noch die Interlocute Appellationen veranlaßten und dadurch wieder Zögerung bewirkten, während durch die Vorschrift, den Beweis zu anticipiren, alle Streitigkeiten über Beweislast, Interlocute ꝛc. abgeschnitten würden. 2) Das Beweisinterlocut habe im gemeinen Processe das Signal zu einem ganz neuen Kampfe gegeben, die Beweisantretung habe eigene Mittheilungen gefordert, und diese hätten neue Termine, neue Fristgesuche und Wechselverhandlungen veranlaßt. 3) Die frühere Erlaubniß, den Beweis zu anticipiren, habe als eine halbe Maaßregel nicht viel genützt, aber viel geschadet, da der Gegner nicht verbunden gewesen, sich einzulassen, und so die Absicht des Anticipanten leicht vereiteln konnte. 4) Nach dem gemeinen Processe hätten die Parteien, eingeladen dazu durch die unbescheinigten Behauptungen des Gegners, ohne Bedenken widersprochen, auch auf die Eide habe dies nachtheilig gewirkt, während die neue Vorschrift leichtsinniges Ableugnen vermindere. 5) Der dagegen zu erhebende einzige Einwurf, daß die Mühe der Parteien durch die neue Vorschrift ohne Noth vermehrt werde, lasse sich nicht widerlegen.

Bei dem ganzen Streite über die Zweckmäßigkeit der neuen Vorschrift im Gegensatze des gemeinen Processes kömmt es nicht auf das Aufzählen von Vortheilen jeder der beiden Vorschriften, sondern auf einen allgemeinen Gesichtspunkt an, der allein in legislativer Rücksicht leiten darf. Nur darauf kann es ankommen, welche von beiden Vorschriften dem Zwecke und der Aufgabe des Processes am meisten entspricht, welche als Folgerung eines richtigen Grundsatzes sich am consequentesten ergiebt, und den Forderungen, die an eine gute Civilproceßgesetzgebung gemacht werden können, anpaßt. Nicht die Schnelligkeit, welche durch eine oder die andere Ansicht gewonnen zu werden scheint,

ſcheidet dabei, ſondern nur die durch Gründlichkeit und beſonnenen Gang zu erreichende höchſte Rechtsſicherheit. Forderung iſt es hier 1) daß durch das von der Geſetzgebung organiſirte Verfahren der nothwendige beſonnene und in gewiſſe natürliche Abtheilungen abgeſonderte Gang nicht zuſammengeworfen, daß die natürliche Gränze nicht verrückt, und das Verfahren zum Nachtheile der Gründlichkeit übereilt werde, 2) daß den Parteien nicht zu viel Spielraum eingeräumt, daß vielmehr das richterliche Amt ordnend bei jedem wichtigen Schritte eintrete, daß 3) jedem überflüſſigen Ausſchweifen im Verfahren vorgebeugt, 4) den Parteien jede unnöthige Verhandlung erſpart, und 5) alles vermieden werde, was als Mittel der Rechtsverdrehung einer Partei dazu dienen kann, der Gegenpartei den gerechten Sieg zu erſchweren, und ſie zu chicaniren. Giebt man dieſe Forderungen zu, ſo kann man der Vorſchrift, den Beweis mit den erſten vier Schriften zu anticipiren, nie den Vorzug vor dem gemeinrechtlichen Verfahren einräumen. 1) Die Abtheilungen, welche der gemeine Proceß macht, ſind als nothwendig aus dem Zwecke des Proceſſes abgeleitet, und unentbehrlich, um einen ruhigen beſonnenen Rechtsgang zu begründen. Es iſt klar, daß zuerſt die Parteien ihre Verhandlungen über die Streitfragen ausführen müſſen, damit man wiſſe, welche Punkte zugegeben oder geläugnet ſind, und erſt darnach kann von einem Beweisverfahren über das noch nicht zugegebene, alſo noch ſtreitige, die Rede ſeyn; die zweite Abtheilung, in welcher das noch ſtreitige bewieſen werden muß, wird in vielen Fällen entweder nach der Beſchaffenheit des in Frage ſtehenden Rechts oder nach den Verhandlungen der Parteien überflüſſig ſeyn; fordert man ſie aber doch in ſolchen Fällen, und man wirft ſie gewaltſam mit dem erſten Verfahren zuſammen, ſo entſteht eine die Parteien unnöthiger Weiſe beladende und die klare Ueberſicht der Acten hindernde Verwirrung.

2) Sobald man den Parteien zur Pflicht macht, mit jeder ihrer Behauptungen auch die Beweiſe dafür zu verbinden, ſobald man die Beweisinterlocute verbannen und das richterliche

Amt im erſten Verfahren in Bezug auf Beweis ausſchließen will, entſtehen Nachtheile, welche den Proceß ſicher mehr in die Länge ziehen, als wenn man Interlocute zugelaſſen hätte; die Partei wird häufig den Beweis über ganz irrelevante Punkte übernehmen, die Gegenpartei, die ſich darauf einlaſſen muß, wird einen gleichfalls irrelevanten Gegenbeweis zu führen genöthigt ſeyn, und erſt am Ende erkennt der Richter, daß die ganze bisherige Beweisführung überflüſſig geweſen iſt, er wird jetzt das thun müſſen, was er viel beſſer ſchon am Anfange hätte thun können.

3) Der Kläger, wie der Beklagte, ſchwebt in beſtändiger Verlegenheit, welche Behauptungen ſie mit Beweiſen zu belegen nöthig haben; jeder hofft, wenn z. B. die Thatſache einfach iſt, daß der Gegner dieſe Thatſache doch nicht ableugnen werde, er unterläßt daher den Beweis, und der Gegner benützt die Verſäumnis und leugnet nun. Um daher ganz ſicher zu ſeyn, muß jeder Kläger für alle Sätze, die er anführt, lieber ſogleich für den möglichen Fall des Ableugnens den Beweis anführen, ſo daß bei verwickelten Proceſſen eine unnöthige Weitläufigkeit und Verwirrung entſteht, die die Ueberſicht der wahrhaft ungenießbaren und gehäuften Verhandlungen erſchwert; dabei kann der Kläger ſeine Aengſtlichkeit und Vorſicht nie weit genug treiben, da der Fall ſchon vorgekommen iſt, daß jemand, gegen welchen eine Klage eingereicht wurde, geradezu leugnete, daß der Kläger die rechte Perſon ſey, für die er ſich ausgebe; der Kläger hatte auf ſo ein unverſchämtes Leugnen dieſes Punktes nie gedacht, hatte daher auch keine Beweiſe dafür in der Klage angegeben, und ſollte nun mit dem Beweiſe präcludirt ſeyn.

4) Die Forderung, alle Beweiſe mit der Klage zu übergeben, iſt auch ein vorzügliches Mittel der Bosheit, und ladet ſehr zum leugnen ein; der Beklagte, gegen welchen eine noch nicht mit Beweiſen unterſtützte Klage eingereicht wird, muß immer fürchten, daß der Kläger viele und ſtarke Beweiſe habe, und wagt daher lieber das Leugnen nicht, da er nicht weiß,

was noch kommen kann; fordert man aber von dem Kläger alle ſeine Waffen mit dem erſten Angriffe vorzulegen, ſo wird in vielen Fällen die Schwäche dieſer Waffen den Beklagten erſt zum leugnen bringen, da er einſieht, daß es blos des Leugnens bedürfe, um frei von den Anſprüchen zu werden, indem der Kläger nie wird beweiſen können.

5) Für den Beklagten iſt die Vorſchrift, den Beweis mit der Exceptionsſchrift anzutreten, doppelt hart, da er von der Klage überraſcht, einen zu kurzen Termin hat, um ſeine Beweiſe jetzt ſchon vollſtändig anführen zu können, da er theils oft nicht mit Zuverläſſigkeit weiß, ob eine ſeiner Anführungen als wahre Exception oder als negative Litisconteſtation werde gewürdiget werden, ob man ihm daher Beweislaſt aufbürde oder nicht, ſo daß er aus Vorſicht viele unnöthige Beweiſe häufen muß.

Fragt man daher, in wie vielen Fällen die anticipirte Beweisführung ein regelloſes Verfahren begründet, irrelevante unnütze Beweiſe häuft, wie erſt am Ende Beweisinterlocute nothwendig werden, ſo möchte auch der Vortheil des Zeitgewinns verſchwinden, und vielmehr der Vorzug des gemeinen Proceſſes ſich bewähren.